



## La responsabilidad penal por el producto en Alemania: Situación actual y perspectivas de futuro (\* )

Joachim Vogel

Tübingen. Alemania

### I. Introducción

El concepto de responsabilidad por el producto hunde sus raíces en el derecho punitivo civil y designa la responsabilidad civil por los daños originados en la fabricación o puesta en el mercado de productos peligrosos. A partir de estas bases, y desde los años cincuenta, tuvo lugar en toda Europa una extensa discusión<sup>1</sup> que allanó el camino a la actual normativa comunitaria<sup>2</sup>. En contraste con esta situación, la discusión penal aparece, al menos en Alemania, en fechas más recientes, pues aunque es posible encontrar diversos puntos de vista en relación al caso "Contergan"<sup>3</sup>, el debate sólo comenzó verdaderamente a finales de los ochenta<sup>4</sup>, avivado por dos importantes decisiones del Tribunal Supremo<sup>5</sup> que han originado un torrente de contribuciones doctrinales<sup>6</sup>. En la actualidad se trata de un concepto consolidado, mediante la que se designa la responsabilidad penal del productor o distribuidor por la producción o comercialización de pro-

ductos peligrosos y que se deriva, parcialmente, de un conjunto de normas encuadradas en el derecho penal accesorio<sup>7</sup> y fundamentalmente de los delitos de lesiones y homicidio.

En lo que sigue resumiré, en primer lugar, la jurisprudencia alemana (II), con el fin de analizar posteriormente los distintos problemas dogmáticos que en relación a la responsabilidad por el producto han sido objeto de discusión (III). Finalmente me ocuparé del debate político criminal donde ocupa un lugar destacado la crítica de la denominada "Escuela de Frankfurt" (III)

### II. La jurisprudencia sobre responsabilidad por el producto

La jurisprudencia relativa a la responsabilidad penal por el producto constituye una de las construcciones jurídico penales recientes más importantes<sup>8</sup>. Aunque sus orígenes puedan encontrarse

(\* ) Traducción de Adán Nieto Martín. Universidad de Castilla-La Mancha.

1. Los fundamentos de la discusión en Alemania puede encontrarse en el escrito de habilitación de *Diederichsen*, *Die Haftung des Warenherstellers*, 1967.

2. Directiva 85/374/CEE del Consejo de 25.7.1985 relativa a la armonización del Derecho de los Estados miembros relativo a la responsabilidad por productos defectuosos (DOCE L 210 p. 29), en la RFA esta directiva fue trasladada a través de la Ley de responsabilidad por el producto de 15.12.1989 (BGBl. I p. 2198), últimamente modificada por la Ley 25.10.1994 (BGBl. I p. 3082).

3. Audiencia Provincial de Aquisgrón JZ 1971, 507, con comentario de Armin KAUFFMANN, JZ 1971, 569 ss.

4. KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989; VOGEL, GA 1990, 241 y ss.

5. Al respecto supra. II.

6. Las aportaciones más importantes, ordenadas temporalmente y prescindiendo de los comentarios y anotaciones jurisprudenciales son: HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, 1993; GRETENKORDT, *Herstellen und Inverkehrbringen stofflich gefährlicher Verbrauchs- und Gebrauchsgüter*, 1993; HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994 (2. Aufl. 1996); SCHMIDT-SALZER, NJW 1996, 1 y ss.; *Eichinger*, *Die strafrechtliche Produkthaftung gleich zum angloamerikanischen Recht*, 1997; LORENZ SCHULZ, en: (Hrsg.) LÜDERSSEN, *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder der Kampf gegen das Böse?*, Bd. III, 1998, S. 43 y ss.; Hilgendorf, in: *Lenckner-Festschrift*, 1998, pp. 699 y ss.; HÖHFELD, *Strafrechtliche Produktverantwortung und Zivilrecht*, 1999; KUHLEN, en: *Achenbach/Wannemacher, Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, (Stand: 2. Erg.lief. 1999), § 4; OTTO, en: *Hirsch-Festschrift*, 1999, pp. 291 y ss.; SCHWARTZ, *Strafrechtliche Produkthaftung*, 1999; TIEDEMANN, en: *Hirsch-Festschrift*, 1999, pp. 765 y ss.; BODE, en: *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, pp. 515 ss.; KUHLEN, en: *50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, pp. 647 y ss.

7. Por ejemplo, §§ 95, 96 de la Ley del medicamento, 51, 52 de la Ley alimentaria; vid. además IV. 1.

8. KUHLEN, en: *50 Jahre Bundesgerichtshof* (Fn. 6), S. 672.

en los últimos años cincuenta<sup>9</sup>, los asuntos fundamentales han sido los relativos al "spray de cuero" de 6-7-1990<sup>10</sup> y el "producto protector de madera", de 2-8-1995<sup>11</sup>, en el que se han planteado algunas cuestiones novedosas. Ambos casos desarrollan los siguientes aspectos:

1. Cuando la responsabilidad penal se fundamenta en un delito de resultado lesivo, doloso o imprudente (como las lesiones) se necesita en primer término una relación de causalidad entre la acción, la producción o comercialización de productos, y el resultado acaecido. Desde el punto de vista del derecho material no existe aquí particularidad alguna, pues el Tribunal Supremo únicamente evitó la fórmula de la *conditio sine qua non*, inservible en estos casos, e hizo uso de la denominada causalidad conforme a las leyes<sup>12</sup>. Igualmente se apoyó en principios ampliamente aceptados, como la suficiencia de la causalidad cumulativa<sup>13</sup>, según la cual el producto no tiene por qué ser la única causa del resultado sino que basta con que haya reforzado su aparición a través de un efecto de acumulación o de adicción como ocurre en los supuestos en que contribuye adelantarlo temporalmente, aunque sea de un modo insignificante.

La discusión jurisprudencial se ha centrado sobre todo en los aspectos procesales relativos a la prueba de la relación causal<sup>14</sup>. El TS utilizó el principio de libre valoración de la prueba, en el sentido de que no es necesario una certeza absoluta, objetiva y exenta de dudas. Basta con que no

exista duda razonable alguna acerca de la relación de causalidad y con que el juez, en su valoración, no contradiga conocimientos que resultan aceptados sin discusión por las ciencias experimentales y no se aparte de los cánones científicos. En los casos en que la cuestión sea objeto de polémica dentro de las ciencias experimentales, el TS admite que el juez valore los pros y los contras relativos a la relación (general) de causalidad, de modo tal que pueda llegar a un convencimiento acerca de la existencia de relación de causalidad entre los daños y el producto. Como consecuencia de su deber de esclarecimiento, el juez también puede, y debe, considerar métodos y puntos de vista no generalmente aceptados. La exposición del debate científico ha de hacerla el juez únicamente con lo extensión suficiente para que el Tribunal de revisión pueda comprobar si las razones aportadas a favor o en contra de la relación de causalidad han sido ponderadas correctamente. Finalmente, la prueba de la relación causal puede efectuarse de modo positivo, a través de la descripción y demostración del mecanismo casual, pero también negativamente, mediante la exclusión de otras posibles causas, que el juez penal no tiene por qué examinar exhaustivamente. Basta, en este punto, con una valoración global de los conocimientos que suministran las ciencias experimentales y otros indicios, tras la que pueda afirmarse sin lugar a dudas que el factor analizado al menos ha sido cocausante.

9. Vid. BGH v. 17.2.1959 – 1 StR 618/58 ("Zwischenstecker"); al respecto BODE (not. 6), p. 515.

10. BGHSt 37, 106 sobre la que se han realizado al día de hoy hasta 35 (!) comentarios y anotaciones jurisprudenciales, entre ellos: SCHMIDT-SALZER, NJW 1990, 2966 y ss.; KUHLEN, NSZ 1990, 566 y ss. y WiVerw 1991, 183 y ss.; SAMSON, StV 1991, 182 y ss.; HASSEMER, JuS 1991, 253 y ss.; BRAMMSEN, JuS 1991, 533 y ss.; PUPPE, JR 1992, 30 y ss.

El caso trataba de un Spray para impregnar zapatos y otros objetos de cuero. Los productores en el otoño de 1980 recibieron avisos en los que se informaba de que personas que habían visto perjudicada su salud por la utilización del producto. Estos menoscabos se exteriorizaban en problemas de respiración, tos, náuseas, escalofríos y fiebre. Los afectados necesitaron ayuda médica de distinto tipo y con frecuencia precisaron ser hospitalizados e incluso en no pocas ocasiones en las unidades de vigilancia intensiva por existir peligro de fallecimiento. Los diagnósticos ponían de relieve regularmente la existencia de acumulaciones de líquido en los pulmones. La empresa como consecuencia de las distintas informaciones realizó una investigación interna que llevó a que se paralizará la producción y su actividad durante un corto periodo de tiempo en 1981, medida que al poco tiempo se levantó. El 12 de mayo de 1981 se celebró una reunión extraordinaria del Consejo de administración, en la que tomaron parte cuatro administradores y el jefe de la sección química. En ella se decidió por unanimidad tomar nota de los avisos de alarma, pero no se adoptó ninguna iniciativa ulterior. La resolución fue posteriormente aceptada por otros dos directivos que no asistieron a la reunión. Posteriormente aparecieron otros daños para la salud.

11. BGHSt 41, 206, sobre la que se han realizado hasta hoy 11 (!) comentarios y anotaciones; vid entre ellos.: PUPPE, JZ 1996, 316 pp.; VOLK, NSZ 1996, 105 pp.; LORENZ SCHULZ, JA 1996, 185 pp. – En este caso se trataba de un producto protector de maderas que contenía una substancia denominada TPC y otra llamada Lindano. Las personas que vivían en hogares donde se había utilizado este producto tenían, entre otros síntomas, molestias en la garganta y los oídos, dolores de cabeza, alteraciones en el color de la piel, etc. Estos síntomas eran particularmente agudos en niños que habían vivido desde su nacimiento en casas en las que se utilizó dicho producto. En todos los casos en cuanto las personas se alejaban de su domicilio experimentaban una mejoría inmediata. Los acusados, dos altos directivos de la empresa fabricante, estaban plenamente convencidos que estas lesiones no tenían nada que ver con su producto.

12. Como "causa", "relación causal" o "eficacia".

13. BGHSt 41, 206 (216).

14. En lo que sigue BGHSt 37, 106 (111 ff.); 41, 206 (214 ff.).

2. La responsabilidad penal requiere además un comportamiento relevante de una persona natural. Dado que productores y el distribuidores son generalmente personas jurídicas, la jurisprudencia ha tenido ocasión de desarrollar los principios de la responsabilidad dentro de una organización (Organisationshandel)<sup>15</sup>. En relación a esta cuestión, en los casos resueltos, se afirma, en primer lugar, que la responsabilidad recae sobre los miembros de la dirección y no sobre los trabajadores o empleados, pues aquéllos y no éstos son los que tienen el poder de decisión y la responsabilidad. El TS establece desde el punto de vista la empresa si al administrador ha de reprochársele una acción u omisión<sup>16</sup>; de un lado considera que la producción y comercialización constituyen una acción en el marco de la finalidad de la empresa y como tal se la imputa al director como un comportamiento propio; de otro, la omisión por parte de la empresa de retirar productos peligrosos del tráfico se considera igualmente como su omisión, lo que es incluso válido cuando éste ha realizado un comportamiento activo en relación a la retirada del producto. El TS restringe, sin embargo, la responsabilidad penal del concreto administrador en atención al ámbito de responsabilidad que le ha sido confiado y a lo que le es posible y exigible<sup>17</sup>. Ahora bien, el principio de competencia y responsabilidad general se tiene en cuenta a efectos penales, cuando por razones especiales la empresa está globalmente implicada y sus administradores están llamados a actuar conjuntamente. Estas situaciones especiales se producen en situaciones de crisis y situaciones excepcionales y, concretamente, en los casos de responsabilidad por el producto, cuando se requieren comportamientos que superan el marco de competencias propio de cada administrador. Estas situaciones no modifican las relaciones societarias de superioridad y subordinación<sup>18</sup>.

Dado que por regla general la responsabilidad conjunta de la dirección empresarial se expresa a través de decisiones colegiales, el TS ha tenido oportunidad de ocuparse de las complejas cuestiones de causalidad e imputación objetiva que se presentan en estos casos<sup>19</sup>. En esencia la solución a la que se ha llegado es que quien a través de

su voto contribuye a la aprobación de una decisión al menos es cocausante del tipo penal en cuestión, ya sea a título imprudente o doloso, activo u omisivo, y ello con independencia de que su voto no hubiese sido necesario para la conformación de la mayoría o de si su requerimiento a favor de una decisión distinta hubiese fracasado por la oposición de otros miembros. En los supuestos de delitos dolosos, el TS fundamenta este punto señalando que a cada partícipe por la emisión de su voto puede imputársele, como coautor, el voto similar que otro ha emitido, pues en la coautoría la causa del resultado debe referirse al conjunto de las contribuciones y no a cada una de ellas singularizadamente. Pero incluso en tipos imprudentes, en los que la doctrina mayoritaria no acepta la coautoría, el TS ha partido de una causalidad conjunta, extendiendo la responsabilidad incluso a aquellos administradores que no han tomado parte en la votación, actuando tras la terminación del hecho<sup>20</sup>.

3. En los casos más importantes de responsabilidad penal por el producto, en los que existen comportamientos meramente imprudentes u omisivos, resulta necesario además la infracción de una obligación de cuidado o de garantía. El TS aún no se ha pronunciado, en este punto, acerca de si las obligaciones en las que se fundamenta la responsabilidad civil, son determinantes sin más para establecer la responsabilidad penal. En cualquier caso, en el Derecho penal resulta admisible que esté obligado a evitar el daño, mediante la retirada del producto, quien lo ha construido o puesto en el mercado, cuando, aunque se utilice correctamente, resulte peligroso para la salud del consumidor (posición de garante derivada de la injerencia o del comportamiento previo peligroso)<sup>21</sup>. Esta obligación requiere, sin embargo, un comportamiento previo contrario al deber objetivo de cuidado como fundamento del peligro. Pese a ello, el TS ha admitido que no es necesario un comportamiento previo culpable, por infracción del deber de cuidado, sino que basta con la mera desaprobación jurídica del resultado de peligro. En otras palabras: no exige que el comportamiento peligroso esté jurídicamente desaprobado. Esta cuestión se formula previamente en el momento

15. Al respecto KUHLEN, en: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft (Fn. 6), S. 663.

16. BGHSt 37, 106 (114).

17. BGHSt 37, 106 (125 y ss.).

18. BGHSt 37, 106 (124).

19. BGHSt 37, 106 (126 y ss.).

20. BGHSt 37, 106 (129 y ss.).

21. Sobre esta cuestión, y en lo que sigue, BGHSt 37, 106 (114 ff.).

de establecer la violación del deber de garantía. En los casos de comercialización de productos peligrosos la desaprobación jurídica del resultado de peligro se deriva del principio de *nenimen laedere*, de la protección constitucional de la integridad corporal (art. 2.1 de la Constitución) y de preceptos legales concretos (como por ejemplo el §§ 5.1.7 a) y b) de la Ley alimentaria).

En la fundamentación de estas obligaciones resulta importante para la práctica, determinar si las decisiones administrativas que autorizan un producto o declaran su inocuidad excluyen la responsabilidad penal, ya sea excluyendo la tipicidad, a través del riesgo permitido, o la antijuricidad, entendiendo que constituyen una causa de justificación. El TS ha señalado al respecto que la obligación del fabricante "resulta independiente, de cual ha sido el juicio de la autoridad competente"<sup>22</sup>, afirmación que puede completarse con las consideraciones de la fiscalía de Frankfurt en el caso "Amalgam", que acertadamente acabó con el sobreseimiento del proceso<sup>23</sup>; no puede aceptarse que el fabricante del producto realice un comportamiento contrario al deber, salvo que disponga de conocimientos más amplios, cuando pese a la existencia de sospechas, "Amalgam", un producto para realizar empastes compuesto de plata, fue autorizado por la autoridad competente, por considerar que las sospechas resultaban infundadas en atención a "la situación actual de los conocimientos científicos" (§ 5.2 de la Ley del medicamento).

4. Finalmente tiene importancia en el marco de la responsabilidad penal por el producto si la sospecha acerca de su peligrosidad sirve para fundamentar el dolo o únicamente la imprudencia. El TS indicó, de un lado, que la sospecha de peligro inminente, no es suficiente para afirmar el dolo y, de otro, que la imprudencia puede establecerse, si el responsable confía en la inocuidad del producto<sup>24</sup>.

En contra de la necesidad de que exista una aceptación del daño, necesaria para el dolo, habla el interés del responsable por que el producto no sea retirado y por que la empresa no tenga que hacer frente al pago de indemnizaciones por daños<sup>25</sup>.

### III. Problemas dogmáticos de la responsabilidad penal por el producto

Como puede apreciarse, la responsabilidad penal por el producto plantea un buen número de problemas de los más complicados y complejos de la dogmática penal, por ello no resulta sorprendente que la doctrina se haya ocupado intensamente de estas cuestiones, llegando a fundamentaciones y resultados que no concuerdan plenamente con los jurisprudenciales.

1. Muy discutidas han sido las consideraciones del TS en relación a la prueba de la causalidad. Los ataques se han dirigido, en primer término, a la causalidad general, a la relación de causalidad fundamentada a partir de la nocividad del producto<sup>26</sup>. Esta crítica no convence, pues también la constatación de la causalidad individual requiere de la opinión de expertos y por tanto plantea problemas similares. Está superada la opinión de Armin Kaufmann según la cual la ley causal concreta pertenece al concepto abstracto de causalidad y por tanto debe establecerse objetivamente y sin margen de dudas<sup>27</sup>. Un grupo de críticas ulteriores aducen que el TS ha modificado, imperceptiblemente, el concepto jurídico material de causalidad, sustituyendo la "teoría de la causalidad adecuada a las leyes naturales" por un modelo "caja negra"<sup>28</sup> o una "teoría de la causalidad plausible"<sup>29</sup>, lo cual conduce de facto a admitir relaciones estadísticas<sup>30</sup> y una teoría de la causalidad fundamentada en el incremento del riesgo, con la consiguiente conversión de los delitos de resulta-

22. BGHSt 37, 106 (122).

23. Al respecto KUHLEN, en: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft (Fn. 6), S. 660 ff.; Tiedemann (not.6).

24. BGHSt 37, 106 (132)

25. BGHSt 41, 206 (218 y ss.)

26. La diferencia entre causalidad "general" e "individual", relativa al caso concreto, fue elaborada por primera vez, en relación a la responsabilidad penal por el producto, por Armin Kaufmann (JZ 1971, 569 [572]). Según esta tesis el elemento típico "causar" está integrado por el conjunto de leyes empíricas existentes que de este modo pasan a formar parte de la norma jurídica y pertenecen a la premisa mayor (vid. p. 574). Esta teoría es incorrecta desde el punto de vista semántico y de la teoría de las normas, ya que la intensión y extensión del concepto "causar" resultan variables, sólo este concepto y no las leyes causales son parte de la norma.

27. Vid. la nota anterior; e igualmente KUHLEN, en: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft (not. 6), p. 651.

28. Cfr. HASSEMER (not. 6), S. 29 y ss., 38 y ss.

29. Cfr. VOLK, NSZ 1996, 105 (especialmente 109).

30. Acerca de la imposibilidad de fundamentar la relación de causalidad sobre estadísticas y la necesidad de comprobarla de modo seguro en un número relevante de víctimas vid. TIEDEMANN/TIEDEMANN, en: R. Schmitt-Festschrift, 1992, S. 139 (144 ff.).

do en delitos de peligro. No obstante, si se distingue convenientemente entre las cuestiones jurídico materiales, que afectan al contenido de un concepto del tipo penal, y las procesales, que hacen referencia a su prueba, se aprecia como el Tribunal Supremo ha partido del concepto jurídico material de causalidad usual, incluso adoptando la dudosa teoría de la equivalencia o de las condiciones, por lo que no existe ningún problema específico en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto.

Mucho más convincentes resultan las críticas que se han dirigido a las exigencias procesales de la prueba de la relación de causalidad. En este punto se ha objetado la trivialidad<sup>31</sup> y las escasas exigencias que requiere el denominado proceso de exclusión de alternativas, en cuanto que sería necesario especificar y desechar cada una de las posibles causas alternativas. Especialmente se estima que es demasiado amplia la fórmula de la "valoración general" que el TS ha considerado admisible<sup>32</sup>. En contra de estas críticas debe recordarse que, según los principios generales del derecho procesal, no resultan significativas para la convicción del juez "las meras alternativas teóricas", como tampoco, a la hora de revisar el caso, para la fundamentación de la sentencia. El juez no tiene por qué discutir tampoco las alternativas descabelladas<sup>33</sup>. La crítica anterior desconoce, de un lado, y a esto el TS le otorga gran importancia, que la presentación de los hechos por parte del juez no puede crecer de desmesuradamente y, de otro, el cuidado y la prudencia con que éste debe obrar<sup>34</sup>. Una crítica contundente podría realizarse únicamente si la valoración de la prueba de la causalidad se sometiera a "reglas particulares", pues tal como, DENICKE ha señalado recientemente la prueba de la causalidad requiere de una ley causal universal, formulada de un modo libre de contra-

diciones, verificable y especificada completamente<sup>35</sup>. En virtud de razones éticas resulta exagerado, en lo que concierne a la confirmación experimental, establecer requisitos que con posterioridad no van a poder cumplirse, y que incluso en casos habituales, como, por ejemplo, un accidente de circulación con resultado de muerte, imposibilitarían la prueba de la relación de causalidad. En conclusión, y presuponiendo que el juez realiza una valoración cuidadosa y prudente de la prueba, deben compartirse la tesis del TS, siendo deseable que en el futuro se precisaran las exigencias de la valoración de la prueba en relación a grupos concretos de casos<sup>36</sup>.

2. Se han discutido igualmente los principios jurisprudenciales relativos a la actuación dentro de una organización (Organisationshandel). La doctrina acepta que en la atribución de responsabilidad los directivos, y no los trabajadores o empleados, ocupen un lugar preferente; lo que ha denominado, en contraposición a una consideración "bottom-up", como análisis "top-down"<sup>37</sup>. No obstante, se considera problemático el cambio de paradigma operado, en cuanto que se ha pasado de un "modo de análisis natural", donde se toman como punto de partida los comportamientos más cercanos al hecho, a un método de análisis normativo, en el que el grado de responsabilidad se determina a partir del poder de decisión<sup>38</sup>. En este punto no puede objetarse que el conjunto de los ejecutores, responsables y culpables, sea a *limine* mejor tratado que los organizadores<sup>39</sup>; pero sí que este principio se invierta.

Recientemente el debate doctrinal se ha ocupado también del análisis del comportamiento del autor a partir de su relación con la empresa o, en general, con un sistema de organización. Este modo de proceder puede conducir a que "omisiones naturales" –no hacer nada contra ulteriores pro-

31. Cfr. SAMSON, StV 1991, 182 (183) e igualmente ROTSCHE, wistra 1999, 321 (322 ff.).

32. Por todos ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. Aufl. 1997, § 11 Rdn. 17 ("contradictoria desde un punto de vista lógico").

33. A mi juicio, como juez de lo penal en el Tribunal Superior de Stuttgart, hubiese tenido a lo más un valor sarcástico la mención de algunas alternativas causales alegadas con toda seriedad en el caso "Contergan", entre ellas la televisión o las "esferas luminosas" (LG Aachen JZ 1971, 509 [514]).

34. Quien haya leído alguna vez la valoración de la prueba de la relación casual realizada por la Audiencia Provincial de Aquisgrán en el caso "Contergan" (JZ 1971, 509 [51-514]) no tendrá ninguna duda de que el producto fue la causa general de las deformaciones.

35. DENICKE, Kausalitätsfeststellung im Strafprozeß, 1997.

36. Sobre esto KUHLEN, en: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft (Fn. 6), S. 655.

37. En primer lugar SCHMIDT-SALZER, BB 1992, 1866 (1869).

38. Críticos HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 161; ROTSCHE, wistra 1999, 321 (326).

39. El trabajador que fuese consciente de la nocividad del producto protector de maderas podía ser sancionado al menos de acuerdo con los §§ 224, 224, 27 StGB, e incluso ser considerado autor, de probarse la relación de causalidad entre su comportamiento y el resultado.

ducciones— sean valoradas como acciones y que, a la inversa, “acciones naturales” —comportamientos activos conscientes con el fin de impedir la retirada de un producto— se valoren como omisiones<sup>40</sup>, lo que plantea a la teoría de la acción problemas hasta hace poco novedosos y sobre los que aún no se ha profundizado. En relación a estas cuestiones han surgido nuevos interrogantes relativos a las formas de participación en la empresa. No resulta demasiado problemática, ciertamente, la autoría del miembro de la dirección empresarial en delitos imprudentes o omisivos impropios, pues de acuerdo con el concepto unitario de autor, que es el aplicable en estos casos, la autoría surge de la violación del deber de cuidado o de garantía<sup>41</sup>. Por el contrario, en el caso de delitos comisivos dolosos, la autoría del directivo ha de fundarse a partir de las reglas generales. En la literatura se ha rechazado frecuentemente la solución del TS alemán, que ha apreciado una autoría mediata trasladando al ámbito empresarial la teoría de los aparatos organizados de poder<sup>42</sup>. Y es que la teoría del dominio de hecho, aunque conlleva una normativización de la autoría, proporciona criterios objetivos referidos tanto a la acción como al tipo que no pueden diluirse completamente en valoraciones abiertas sobre la medida de la responsabilidad<sup>43</sup>. Esta opinión negadora de la autoría se materializa con frecuencia en que los presupuestos sobre los cuales se construye la autoría o no existen o, en cualquier caso, no han si-

do constatados en los casos analizados por la jurisprudencia<sup>44</sup>.

Un número elevado de autores se ha ocupado finalmente de la cuestión de la causalidad y la imputación en los casos de decisiones colegiadas<sup>45</sup>, es decir del denominado “resultado sobrecondicionado”, cuando la decisión del órgano colegial se adopta por unanimidad o por más votos de los necesarios. La solución del TS de la coautoría no se ha aceptado unánimemente. Mientras que algunos autores la rechazan indicando que el coautor debe ser, al menos, cocausante del resultado<sup>46</sup>, otros pretenden abordarla en el marco de la imprudencia<sup>47</sup>. En cualquier caso, gran parte de la doctrina, llega igualmente al resultado que cada votante de la decisión es colegial resulta responsable, bien fundamentando esta afirmación en la figura jurídica de la “causalidad cumulativa” o bien a partir de consideraciones relativas a la imputación objetiva de “resultados sobrecondicionados”, y por ello sin cuestionarse si un voto o “consejo” distinto hubiese modificado el resultado final<sup>48</sup>. Los votos en contra conllevan una disminución del riesgo, por lo que no pueden fundamentar la imputación.

3. En conjunto, se ha discutido poco la jurisprudencia que hace referencia a las obligaciones de productores y de personas que actúan en nombre de la empresa en los casos específicos de responsabilidad por el producto. Desde hace tiempo, existe acuerdo en la doctrina en que la determinación de obligaciones se efectúe en dos fases, to-

40. Como señala, con razón, KUHLEN, en: 50 Jahre Bundesgerichtshof — Festgabe aus der Wissenschaft (not. 6), p. 665 en not. 116. En el supuesto mencionado en último lugar puede reflexionarse acerca de si la intervención en un curso causal salvador puede, efectivamente, considerarse acción si y en tanto que en otro caso la conducta debida hubiese sido adoptada.

41. Vid. sólo Leipziger Kommentar StGB-ROXIN, 11. Aufl., § 25 Rdn. 206 (Stand 1.2.1992) e igualmente (Rdn. 211 ss), donde se recogen también las opiniones disidentes. Una cuestión ulterior es si el miembro de la dirección empresarial tiene también una posición de garantía que le obliga a impedir comportamientos delictivos de sus empleados (responsabilidad del superior), resultando de no hacerlo (¿co?) autor.

42. BGHSt 40, 218 (236); 32, 219 (231 ff.); BGH NSIZ 1998, 568.

43. Críticamente ROTSCH, wistra 1999, 321 (326 y ss.); ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. 1999, p. 609 y ss., 616 y ss., 682 y ss.; LORENZ SCHULZ, JuS 1997, 109 ff.; matizadamente SCHÖNKE/SCHRÖDER-HEINE, StGB, 26. Aufl. 2001, Vorbem. §§ 25 ff. Rdn. 109 a ss, con ulteriores referencias.

44. En este sentido señala ROTSCH, wistra 1999, 368 (372 y ss., especialmente 374 en not. 222), que en las grandes empresas a penas si puede fundamentarse la imposición de una sanción penal debido a la segmentación de la información y a que la información “no sube siempre hacia arriba”. La jurisprudencia no confirma esta afirmación tan global.

45. Vid. únicamente DENCKER, Kausalität und Gesamttat, 1996, pp. 179 y ss.; EIDAM, Straftäter Unternehmen, 1997, pp. 11 y ss.; JAKOBS, in: Miyazawa-Festschrift, 1995, p. 419 (especialmente 421 y ss.); NEUDECKER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, 1995, p. 215 y ss.; SUÁREZ, in: (Hrsg.) Schönemann/ders., Bausteine des europäischen Wirtschaftsrechts, 1994, S. 49 (especialmente 53 y ss.); WEIBER, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996.

46. Cfr. PUPPE, JR 1992, 30 (32).

47. Sobre esta cuestión últimamente KAMM, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999 (con extensa bibliografía).

48. Esta solución no es válida para aquellos que consienten en acuerdo una vez que ya ha sido adoptado; en este sentido ROTSCH, wistra 1999, 321 (325).

mando como punto de partida las obligaciones que conciernen a la empresa en cuanto tal, para a partir de aquí imputarlas a la persona que actúa atendiendo a su ámbito de responsabilidad<sup>49</sup>. La cuestión que el TS ha dejado abierta en éste punto, relativa a si son relevantes para la responsabilidad penal las obligaciones establecidas por el derecho civil, debiera contestarse indicando que el derecho penal, como consecuencia de su carácter de *ultima ratio*, debe resultar más restrictivo<sup>50</sup>.

Finalmente la obligación de retirada del producto, que el TS ha establecido, sólo ha sido objeto de discusión en lo referente a su fundamentación<sup>51</sup>: la opinión mayoritaria rechaza la existencia de una posición de garantía de vigilancia a partir de la ingerencia, si no se ha producido una infracción objetiva del deber de cuidado por parte del distribuidor del producto peligroso. En concreto la doctrina exige que la peligrosidad del producto sea ya objetivamente previsible en el momento de la comercialización, pues la ingerencia no constituye una mera responsabilidad objetiva o por el resultado, sino que requiere un comportamiento previo con desvalor de la acción<sup>52</sup>. La mayoría de los autores rechazan igualmente, por este motivo, que pueda existir, con independencia de una previa infracción del deber de cuidado, una obligación de "seguridad en el tráfico" de los fabricantes o comerciantes fundamentada en parte en el dominio sobre la empresa como fuente de peligro, en las posibilidades jurídicas o fácticas de influir en la producción y en el "monopolio sobre los conocimientos" que posee la empresa<sup>53</sup>. En contra se objeta también que el productor o el comerciante una vez que ha puesto en el mercado el producto pierde su posición de dominio<sup>54</sup>.

No obstante, un dominio previo puede fundamentar también obligaciones posteriores.

La doctrina recientemente se ha ocupado de profundizar en la cuestión relativa a si la decisión administrativa que autoriza un producto o declara su no "nocividad" implica una limitación de las obligaciones del productor<sup>55</sup>. La autorización administrativa se considera fundamentalmente una causa de justificación, salvo que contenga defectos graves que ocasionen su nulidad. Para la mayoría de los autores la autorización justifica todos los resultados lesivos que fueron reconocidos en el momento de la autorización, pero en ningún caso aquellos que en este momento no podían conocerse<sup>56</sup>. En los supuestos dudosos, aquellos en que los daños podían conocerse pero que no se detectaron, la justificación podría negarse, por constituir un abuso de derecho, si el productor o distribuidor comprobó la nocividad del producto, pues utiliza una autorización que de ningún modo podría ya obtenerse<sup>57</sup>.

4. Resulta sorprendente que en la literatura apenas si se encuentren opiniones en relación a una cuestión tan relevante en la práctica como bajo qué condiciones puede establecerse el dolo eventual del productor o del comerciante que sospecha la peligrosidad del producto. La inabarcable discusión relativa a la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente<sup>58</sup> puede totalmente trasladarse a este punto.

#### IV. Problemas político criminales de la responsabilidad por el producto

1. La mayoría de los problemas que acaban de analizarse conciernen a los tipos genéricos de lesiones y homicidio, es decir a delitos de resultado

49. Vid. sólo SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN (not. 43), § 15 Rdn. 223.

50. KUHLEN (Fn. 4), S. 87 ff.; críticamente HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung* (not. 6), pp. 153 y ss.

51. La cual tiene como precursora, también en el derecho penal, la obligación de vigilar el producto: El productor o distribuidor deben observar sus productos a fin de conocer sus posibles efectos nocivos y poder, en su caso, retirarlos del mercado. Desde el punto de vista dogmático penal la obligación de retirada no constituye sin embargo ninguna obligación de garantía en el sentido del § 13 StGB, sino tan sólo una obligación de cuidado en el sentido de la dogmática de la imprudencia. Su lesión puede fundamentar por ello únicamente una imputación imprudente.

52. Con especial claridad OTTO (not. 6), pp. 303 y ss. con ulteriores referencias acerca de la discusión actual.

53. En este sentido, por ejemplo, BRAMMSEN, GA 1993, 97 (112 f.); RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, S. 39 f.; HILGENDORF (Fn. 6), S. 141.

54. Esta objeción ha sido siempre planteada por SCHÜNEMANN (por ejemplo, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 99 y ss.); con el que está de acuerdo OTTO (not. 6), pp. 296 y ss. No obstante, mientras que OTTO acepta la obligación de retirar el producto como consecuencia de la ingerencia, fundamentada en un comportamiento previo contrario a cuidado (op. cit. pp. 301 y ss.), SCHÜNEMANN rechaza que puedan existir posiciones de garantía derivadas de la ingerencia, con lo que rechaza absolutamente que pueda existir una obligación de retirar el producto penalmente relevante.

55. Monográficamente GROBE-VORHOLF, *Behördliche Stellungnahmen in der strafrechtlichen Produkthaftung*, 1997.

56. Para una síntesis SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER (not. 43), Vorbem. §§ 32 ff. Rdn. 63 d con ulteriores referencias

57. Matizadamente LENCKER (not. anterior).

58. Por todos ROXIN (not. 32), § 12 Rdn. 21 ss, con ulteriores referencias.

lesivo. Esta afirmación ha llevado a reflexionar acerca de la conveniencia político criminal de sancionar penalmente, en cuanto tal, la comercialización y la producción de productos peligrosos con el fin de evitar los problemas relativos a la relación de causalidad y la imputación del resultado. De hecho estos delitos pueden encontrarse ya en el Derecho penal accesorio<sup>59</sup> y, dentro del Código penal, la 6.ª Ley de reforma del derecho penal de 1998 a través del § 314.2 ha establecido un nuevo tipo penal<sup>60</sup>. Sin embargo, la deseada simplificación sólo se ha producido parcialmente, pues en estos delitos la fabricación o la comercialización debe realizarse “sin autorización”, con lo que el legislador ha introducido los problemas relativos a la accesoriedad del acto o del derecho administrativo, o requieren que los productos fabricados o que se introducen en el comercio sean “nocivos” o peligrosos, pues se trata de delitos de aptitud<sup>61</sup>, en los si bien no se requiere ningún resultado lesivo, debe establecerse su capacidad para causar una lesión, con lo que en suma es necesario la prueba de una relación general de causalidad<sup>62</sup>. Asimismo persiste en ellos el problema del comportamiento en la empresa o en el seno de una organización, a no ser que fuesen configurados como delitos especiales, en los que, sin embargo, sería complicada una delimitación adecuada del círculo de autores.

2. Estos problemas han sido utilizados por una parte de la doctrina para cuestionar la racionalidad político criminal de la responsabilidad por el producto. Singularmente han formulado estas dudas la denominada “escuela de Frankfurt”<sup>63</sup>, construida en torno a los profesores de derecho penal de Frankfurt HASSEMER, LÜDERSSEN y NAUCKE y sus discípulos, cuyos postulados han tenido una gran resonancia. Su crítica afecta no sólo a la responsabilidad por el producto sino en general a todo el derecho penal económico<sup>64</sup> y del medio ambiente y sobre todo a las materias más “modernas” del derecho penal, que tienen en común su desviación del modelo “clásico-liberal” del derecho

penal y la introducción de un “derecho penal del riesgo”.

En los casos de responsabilidad por el producto esta crítica constata en primer lugar una desformalización, extensión y flexibilización de la dogmática penal que llega a los límites de lo soportable<sup>65</sup> con el fin de rebajar los obstáculos del derecho penal para la atribución y prueba de la responsabilidad individual. En este sentido se señala especialmente las menores exigencias para la prueba de la causalidad y la extensión tanto del concepto de autoría como de los deberes de garantía mediante el reconocimiento de un obligación penalmente relevante de retirada del producto. Se trata de la introducción, en última instancia, de figuras civiles dentro del Derecho Penal que contradicen el principio de determinación y de *ultima ratio*. Esta crítica resulta exagerada. Sin duda la responsabilidad por el producto ha originado construcciones penales que sin duda también han ampliado el ámbito de actuación del derecho penal. Pero una “teoría de la petrificación”, que quisiera detener la dogmática penal en un momento determinado — ¿1871?, ¿1933?, ¿1944? — no puede admitirse. En el derecho penal es posible también una creación del derecho inmanente a la ley, la cual puede ampliar el ámbito de lo punible, si bien dentro de los límites del Art. 103. 2 de la Constitución. Por ello las nuevas circunstancias, cuestiones y, sobre todo, la toma de conciencia en relación a un determinado problema, conllevan el que la dogmática penal no sólo pueda, sino que también deba, desarrollarse. Y, a la inversa, exigencias estrictas de prueba y atribución de responsabilidad, que conducen al vaciamiento sectorial de una ley penal, contradicen tendencialmente la sujeción a la ley de su aplicador. Nunca se ha reconocido y tampoco debe hacerse un principio según el cual las leyes penales deben interpretarse estricta y restrictivamente en virtud únicamente del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, pues es sobre todo tarea del legislador decidir si debe poner en juego o no dicho principio.

59. Vid. *infra* not. 9

60. Acerca de su génesis legislativa SCHÖNKE/SCHRÖDER-HÖNE (not. 43), § 314 Rdn. 1; con ulteriores referencias doctrinales.

61. Los fundamentos de esta cuestión en ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, 1998, pp. 162 y ss. quien los denomina “delitos de peligro potencial” (“potentiellen Gefährungsdelikten”).

62. KUHLEN, en: *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft* (not. 6), p. 655.

63. El término fue utilizado por primera vez por SCHÜNEMANN, GA 1995, 201 (203), por lo que no se trata de una autodenominación.

64. El que la responsabilidad por el producto forme parte del derecho penal económico depende de si este c de antes en sentido criminológico (como Derecho Penal que afecta a relaciones económicas y para cuya aplicación son necesarios especiales conocimientos económicos) o se entiende en sentido dogmático (como Derecho Penal que protege la economía y sus instituciones); acerca de esta cuestión Vogel, GA 1990, 241 (244 y ss.) con ulteriores referencias.

65. En este sentido HASSEMER (not. 6), S. 70.

Además debe objetarse que cuando se retira la protección del derecho penal se restringe la protección de las víctimas; por lo que ha de procurarse coordinar de un modo práctico la protección del autor y de las víctimas. La responsabilidad por el producto se restringe además a supuestos que presentan una gravedad comparable a los que en otros ámbitos, como por ejemplo los peligros que se desprenden del tráfico, se consideran merecedores y necesitados de pena; los casos dudosos o "de frontera" se han tratado en la práctica con una mayor permisibilidad.

Resulta igualmente difícil de comprender la opinión a tenor de la cual la responsabilidad por el producto sería parte del moderno derecho penal, que sucumbe a la intervención de la política y a la "dirección de peligros masivos" que persigue el "Derecho Penal del riesgo"<sup>66</sup>. La responsabilidad por el producto no se fundamenta precisamente en modernos delitos de peligro abstracto que tutelan bienes jurídicos supraindividuales indeterminados —como por ejemplo la "salud pública" o la "seguridad en el producto"—, sino en delitos de resultado lesivo, que pertenecen al derecho penal clásico y que se orientan a la protección de bienes jurídicos individuales determinados con precisión. Que en el marco de la imputación objetiva deba partirse de la situación de peligro *ex ante* y del ámbito de responsabilidad resulta obligado para una teoría personal del injusto y, en general, para un derecho penal acorde con el principio de culpabilidad. Ciertamente en la responsabilidad penal por el producto se persigue también la prevención y la seguridad, pero ni más ni menos que en el resto del derecho penal y sobre todo no *ex ante*, sino *ex post* tras la lesión del bien jurídico.

También merece objeciones la crítica que indica que la responsabilidad penal por el producto resulta poco efectiva<sup>67</sup>, como en general todo el moderno derecho penal del riesgo, pues fuerza sus estructuras en vez de intentar gestionar la "dirección de los peligros masivos" y luchar contra estos pro-

blemas a través de políticas sociales y económicas. La intervención penal a consecuencia de su naturaleza no sería "masiva" sino individual; los recursos de la administración de justicia son limitados y el esperado efecto preventivo puede alcanzarse únicamente a través de un incremento real de los procesos que no resulta factible. Las situaciones de "peligro masivo" debieran ser atacadas, sobre todo, en sus raíces, a través del derecho administrativo de defensa contra el peligro, el derecho civil y finalmente a través de un "derecho de intervención" de carácter no penal, que a partir de supuestos más simplificados posibilite la firme sanción de las infracciones de las medidas de seguridad<sup>68</sup>. Efectivamente, la seguridad en los productos puede alcanzarse mediante controles en la producción de carácter preventivo, e igualmente las sanciones civiles tienen también efectos preventivo generales. Pero al mismo tiempo debe señalarse que carece de sentido rechazar absolutamente la intervención del derecho penal. Los controles de producción preventivos están limitados por razones organizativas y financieras y a diferencia del derecho penal sobrecargan a aquellos productores que actúan conforme a derecho<sup>69</sup>. Igualmente, la eficacia preventiva del derecho civil desaparece cuando los costes que implica el incremento de seguridad son mayores que las cantidades que han de abonarse por la reparación de los daños; además este tipo de responsabilidad puede asegurarse y/o repercutirse en el coste final del producto que han de pagar los consumidores. En cuanto al "derecho de intervención" no penal o bien resulta constitucionalmente problemático, si con el se pretende rechazar las garantías del derecho penal<sup>70</sup>, o bien constituye un mero "fraude de etiquetas". Constituye un malentendido presuponer que la responsabilidad penal por el producto pretende utilizarse "masivamente". Pues se trata más bien de atribuir responsabilidades individuales que en igual medida que en el resto del derecho penal poseen un carácter simbólico<sup>71</sup>. Es decir su

66. Cfr. HASSEMER (not. 6), S. 70 ff.

67. Vid. sólo HASSEMER (not. 6), S. 74: Das Strafrecht habe sich bei der Produkthaftung "überhoben".

68. HASSEMER (not. 6), pp. 76 y ss.; con mayor profundidad acerca de las distintas alternativas SCHWARTZ (not. 6), pp. 145 y ss.

69. Críticamente en relación a este argumento FELIX HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, p. 119 y ss.; frente a esta opinión de modo convincente TIEDEMANN, in: *Stree-Wessels-Festschrift*, 1993, p. 527 (530 y ss.).

70. El simple "etiquetado" de un sanción materialmente penal, es decir, toda sanción represiva-punitiva, como "no penal" no justifica el que pueda prescindirse de las garantías básicas del derecho penal (presunción de inocencia, principio de culpabilidad, principio de determinación), tal como pone de manifiesto la jurisprudencia del TEDH; para mayores detalles APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, pp. 245 y ss. con ulteriores referencias.

71. Constituyen normas penales simbólicas aquellas que se dictan sólo con el fin de satisfacer una "necesidad de acción" en la política y en la sociedad. Este Derecho Penal se refiere esencialmente a la legislación penal que después no se puede aplicar efectivamente, por no ser adecuada o por ser imposible en la práctica; para mayores detalles y de un modo matizado PRITWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 234 y ss., 255 y ss.

efecto preventivo general no puede infravalorarse<sup>72</sup> y el número de procesos sobreesidos no es significativamente mayor a los que existen en otros ámbitos comparables (por ejemplo, los delitos contra la seguridad en el tráfico) ni se imponen únicamente sanciones simbólicas.

3. En dirección contraria a estas opiniones se plantea *de lege ferenda* la cuestión acerca de si resulta conveniente completar la responsabilidad penal individual mediante la responsabilidad penal de personas jurídicas. Lo que tendría lugar precisamente en aquellos supuestos en los que la producción del peligro se deriva de una "irresponsabilidad organizada". En estos casos, en los que la responsabilidad penal se diluye<sup>73</sup> por estar diseminados entre varias personas la responsabilidad, los conocimientos y el poder de decisión, no resultaría precisamente desacertado sancionar a la persona jurídica como sujeto de la "irresponsabilidad organizada". Una vez que se han superado las objeciones dogmáticas<sup>74</sup>, las objeciones político criminales a esta propuesta no tienen en cuenta que con la punibilidad de las personas jurídicas se alcanzan

finés racionales en la imposición de la pena, los cuales no pueden conseguirse con el derecho vigente, a través de la imposición de sanciones administrativas y el comiso de ganancias a las empresas (§§ 30, 17.4, 18 OwiG)<sup>75</sup>. Estas sanciones suponen una compensación de la culpabilidad, que es posible y debe lograrse cuando la organización y la empresa, no sólo jurídicamente, sino también en atención a la realidad social es portadora de responsabilidad y destinataria de las normas penales. Las sanciones pecuniarias despliegan además efectos preventivos, cuando la responsabilidad civil y el comiso de ganancias no son posibles, que son especialmente efectivos al actuar las empresas de modo económicamente racional. El que las sanciones a las empresas afecten también a aquellos propietarios que no han tenido nada que ver con la dirección, no resulta tampoco un argumento decisivo pues, a parte de que estos efectos también se producen en el vigente derecho penal "individual"<sup>76</sup>, las sanciones penales pueden conseguir que los propietarios de la empresa se responsabilicen efectivamente de su vigilancia. ●

72. La simple incoación del proceso penal al que hacíamos referencias *infra*. II.3 (en relación al mismo not. 23) ha bastado para que la empresa suspendiese la producción de Amalgam.

73. Sobre esta cuestión recientemente ROTSCH, *wistra* 1999, 368 (especialmente 372 y ss.) con ulteriores referencias.

74. La tesis de que las personas jurídicas no pueden ser sancionadas ("*societas delinquere non potest*") por carecer de capacidad de acción y culpabilidad no se corresponde con la situación actual (*vid.* un resumen en Roxin [not. 32], § 8 Rdn 53 ss, con amplias referencias.). El TC ha declarado que resulta constitucionalmente legítimo el "modelo de imputación" (*Zurechnungsmodell*), según el cual a la persona jurídica puede imputársele la acción y la culpabilidad de sus órganos responsables (BVerfGE 20, 323 [335 s.]). Lo que no supone una responsabilidad por hechos ajenos, ya que las personas jurídicas sólo existen como sujeto de imputación. Mas allá va el "modelo de culpabilidad por organización" (*Modell des Organisationsverschuldens*) (TIEDEMANN, NJW 1989, 1169 y ss.) que parte de una culpabilidad propia de la empresa, apoyándose en la tesis criminológica de la "actitud criminal del grupo", a tenor de la cual el grupo puede configurar un contexto idóneo que otorgue motivos para la realización de hechos punibles. Resulta dudoso si esta razón justifica una imputación, pues realmente son sus miembros los portadores de esta "actitud criminal del grupo", con lo que la "culpabilidad por la organización" constituye una culpabilidad por la organización que realizan las personas competentes. Esta objeción puede ser evitada por el "modelo de culpabilidad analógica", según el cual los principios de acción y culpabilidad sólo son aplicables por analogía a las empresas y pretende constituir una "tercera vía" dentro del derecho penal (HENE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, S. 271 ff.), conjuntamente con las penas individuales (primera vía) y las medidas de seguridad (segunda vía). Este modelo tiene en cuenta, en primer lugar, que las personas jurídicas pueden ser indiscutidamente destinatarias de normas y que la culpabilidad de la empresa no es sólo predicable en el derecho civil, sino que también constituye una realidad social. De otro lado, este modelo posibilita realizar las modificaciones oportunas en el derecho penal individual. Así, por ejemplo, el dolo del grupo puede fundamentarse en el conjunto de conocimientos que éste disponga, sin necesidad de que estos conocimientos deban concentrarse en determinadas personas. Finalmente debe mencionarse el "modelo preventivo" (*Präventionsmodell*) elaborado por SCHÜNEMANN (últimamente en: [Hrsg.] *ders./SUÁREZ* [not. 45], 1994, pp. 265 y ss.), que sitúa la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro de las medidas de seguridad (segunda vía), lo que justifica a partir de un estado de necesidad preventivo.

75. La Comisión creada para la actual reforma del derecho sancionador mantiene mayoritariamente la opinión que estos preceptos habrían dado buenos resultados, por lo que no es necesaria ninguna responsabilidad penal de las agrupaciones; *vid.* el "informe final" de la Comisión para la reforma del sistema de sanciones penales 2000, en [www.bmj.bund.de/ggv/ggv007.pdf](http://www.bmj.bund.de/ggv/ggv007.pdf).

76. Por ejemplo la ejecución de una pena privativa de libertad que se impone al padre que es el único miembro que percibe ingresos en la familia.